

# L'approche collaborative :



## *la résolution des différends en cas de séparation ou de divorce*

JOHN-PAUL BOYD, M.A., LL.B.

Que ce soit à l'adolescence ou à l'âge adulte, à peu près tout le monde a déjà vécu la fin d'une relation significative. Il s'agit d'un épisode traumatisant que plusieurs psychologues n'hésitent pas à comparer à la perte d'un être cher, puisqu'une telle situation suppose les mêmes sentiments de colère, de peine et d'affliction. Or, malgré les vives émotions qui surviennent chez un couple qui prend la décision de se séparer après plusieurs années de mariage ou de vie conjugale, ou après avoir eu des enfants, il existe aussi des enjeux légaux qu'il importe de régler. En tant qu'avocat en droit de la famille, mon travail consistait avant tout à aider les gens à résoudre leurs problèmes légaux rapidement, en limitant le plus possible les conflits et les coûts inhérents pour chacune des parties. Le droit de la famille est un domaine du droit qui concerne le partage des biens, les paiements de soutien, ainsi que l'encadrement des enfants après la séparation des parents.

Or, la pratique du droit de la famille s'avère complexe. Tout bon avocat en droit de la famille doit porter une attention particulière à l'état affectif de ses clients, aux besoins et à l'encadrement des enfants, tout en s'assurant de bien connaître les domaines du droit connexes à ce genre de situations, comme le droit successoral, les lois fiscales, le droit criminel, le droit des sociétés ainsi que les questions liées à la protection de la jeunesse. Du reste, le droit de la famille se distingue largement des autres domaines du droit, en ceci qu'il porte généralement sur la suite des choses, plutôt que sur les problèmes survenus

antérieurement, comme ce serait le cas pour un accident d'auto ou le licenciement abusif d'un employé. La tâche de l'avocat en droit de la famille ne consiste pas à régler le passé, mais à favoriser l'instauration d'un cadre parental et financier juste et raisonnable qui soit ensuite profitable à tous les membres de la famille.

Depuis vingt-cinq ans, la pratique du droit de la famille a évolué considérablement. Il fut un temps où les avocats tenaient pour acquis que la plupart des litiges familiaux – sinon tous – se réglaient nécessairement en cour et devant un juge, mais il existe désormais un vaste éventail



## Il existe désormais un vaste éventail d'instruments pour le règlement des différends, et la plupart sont fondés sur une approche non antagoniste.

d'instruments pour le règlement des différends, et la plupart sont fondés sur une approche non antagoniste. Selon les données publiées récemment par l'Institut canadien de recherche sur le droit et la famille, une très faible proportion de causes sont finalement portées devant les tribunaux, soit moins de 8 %. En effet, la majeure partie des cas sont réglés grâce à la négociation, à la médiation ou à l'arbitrage, ou une combinaison de ces moyens.

Toutefois, plusieurs personnes (surtout celles qui *n'ont pas consulté* un avocat) ont encore l'impression que les questions relevant du droit de la famille se règlent nécessairement en cour (ou auraient intérêt à s'y régler). Après tout, n'est-ce pas comme cela que les différends se règlent à la télévision? Les parents d'un tel ne se sont-ils pas séparés devant le juge? Et le divorce, n'est-ce pas l'affaire du tribunal?

À vrai dire, la cour ne représente pas toujours la meilleure avenue pour régler un différend sur le plan juridique, particulièrement lorsqu'il oppose les membres d'un couple en instance de séparation. Au Canada, le système judiciaire de *common law* de tradition britannique est fondé sur la prémisse que les parties ont des objectifs conflictuels et des souvenirs divergents. Il oppose donc directement les conjoints ou parents dans une bataille pour obtenir le résultat le plus favorable, ce qui donne lieu à des conflits et des manifestations vindicatives, sans compter l'amertume, la rancœur et l'indignation qui s'ensuivent. Or, si ce cocktail explosif d'actions et de sentiments entraîne

de multiples conséquences néfastes pour les adultes en cause, les répercussions sont encore plus dévastatrices pour leurs enfants.

Selon leur âge, leur degré de maturité et le contexte qui prévaut à la maison, les enfants ne vivent pas tous de la même manière la séparation des parents. Plusieurs changent de comportement à l'école lorsque leurs parents décident de mettre un terme à leur relation; d'autres vivent des problèmes psychologiques, comme la dépression et l'anxiété, ou passent par différents épisodes très marqués de tristesse et de colère. Par ailleurs, chez les plus jeunes enfants, il n'est pas rare de constater un retard, voire un recul, quant à certains stades du développement (comme l'apprentissage de la propreté).

Quant aux enfants plus âgés, certains deviennent adeptes de l'école buissonnière ou, dans certains cas, de l'alcool et des drogues. Toutes ces réactions ne sont pas exceptionnelles, mais la probabilité pour un enfant de vivre l'une ou l'autre de ces situations – voire toutes – est directement liée à l'exposition au conflit parental. Si les différends sont particulièrement importants, l'enfant risque aussi de s'éloigner de l'un des parents, et peut-être de développer des problèmes à contenir sa colère, à faire confiance, ou à entretenir des relations affectives saines à l'âge adulte.

Pour toutes ces raisons et lorsque la chose est possible, éviter les tribunaux n'est pas une mauvaise idée pour les parents qui vivent un différend. Malgré tout, si ces derniers en viennent à la conclusion que le recours judiciaire prédomine sur les éventuelles incidences du conflit pour les enfants, ils seront néanmoins confrontés au fait que le litige est un moyen très onéreux pour régler les questions relevant du droit de la famille. En règle générale, il faut compter plus de deux ans avant que l'affaire soit classée, et ce, même pour les dossiers relativement simples où les parties se montrent plutôt raisonnables. Les dossiers très conflictuels, qui représentent environ de 5 % à 20 % des litiges familiaux, coûtent généralement beaucoup plus cher, sont beaucoup plus longs, nécessitent beaucoup plus de démarches avant et après le processus judiciaire en soi, et requièrent souvent l'obtention de rapports onéreux auprès d'experts des questions parentales et financières.

Compte tenu des effets dévastateurs du recours judiciaire pour la famille et les enfants, les avocats canadiens en droit de la famille se tournent de plus en plus vers les processus collaboratifs pour régler à l'amiable les conflits relevant du droit de la famille. D'après mon expérience, les dossiers en droit de la famille désormais portés devant les tribunaux concernent surtout la protection des biens ou des personnes, l'enlèvement d'enfants, les cas où l'un des parents souhaite déménager avec l'enfant, ou encore les situations où toutes les mesures raisonnables ont déjà échoué.

### Les solutions de remplacement aux procédures judiciaires

Outre le recours aux tribunaux, il existe principalement trois autres options pour résoudre les conflits en droit de la famille, soit la négociation, la médiation et l'arbitrage.



Sous sa forme la plus simple, la négociation consiste à entretenir un dialogue entre les conjoints ou parents pour en venir à un règlement sur diverses questions d'ordre légal résultant de la séparation. La négociation requiert généralement des compromis de part et d'autre, si bien que les personnes qui souhaitent en venir à une entente négociée devront faire preuve de flexibilité et accepter que le conflit ne se réglera pas de lui-même sans qu'elles aient à faire des concessions.

À cet égard, certaines personnes sont en mesure de négocier sans intermédiaire, alors que d'autres doivent plutôt s'en remettre à des avocats ou à d'autres intervenants, comme un conseiller, un aîné de confiance ou un leader de la collectivité. En règle générale, il est plus facile de faire affaire avec un avocat puisque ce dernier connaît bien l'éventail de solutions pouvant résulter d'un recours en justice. Il sera aussi à l'aise d'aborder avec les deux parties les différents enjeux en cause sans laisser les aspects émotifs entraver le dialogue.

Parallèlement, la médiation est en quelque sorte une forme de négociation assistée. Dans le processus de médiation, les conjoints ou parents remettent l'affaire entre les mains d'un tiers objectif pour discuter de la situation et des aspects légaux du conflit, cette personne n'ayant aucun intérêt personnel dans l'affaire ni parti pris envers l'une ou l'autre des parties. Même si le médiateur met à profit plusieurs compétences importantes, son rôle se limite en réalité à favoriser le dialogue entre les personnes en vue de trouver un terrain d'entente. Le médiateur ne dispose pas d'un pouvoir décisionnel lui permettant de dicter ce qui est juste ni d'imposer aux parties un arrangement quelconque. Si celles-ci en viennent à une entente, ce sera *leur* entente.

L'art de la médiation s'est grandement raffiné depuis quelques décennies : les avocats médiateurs ont souvent suivi une semaine complète de formation (parfois deux) pour s'y préparer. Les médiateurs recourent à diverses techniques et pratiques. Certains adoptent une approche évaluative et s'expriment très franchement quant aux perspectives de réussite d'un scénario éventuel; d'autres privilégient une phase préparatoire à la médiation en passant beaucoup de temps séparément avec chacune des parties, notamment pour déceler la présence de violence familiale. Certains intervenants préfèrent régler les différends à l'intérieur d'une séance de médiation « marathon », alors que d'autres choisissent de procéder en plusieurs séances successives d'une demi-journée chacune. Les avocats en médiation sont généralement plus directs dans leur approche et moins disposés à ignorer les propositions déraisonnables.

À l'instar de la négociation, certaines personnes se présentent seules en médiation, alors que d'autres misent plutôt sur la présence de leur propre avocat. Dans un tel contexte, le rôle de l'avocat consiste à expliquer à son client les implications légales, notamment lorsque les questions de droit sont particulièrement complexes (comme lorsque l'un des parents désire obtenir la garde d'un enfant avant de déménager, ou lorsque le partage des biens comporte d'importantes conséquences fiscales). L'avocat aide par ailleurs son client à évaluer les diverses propositions en



**Au Canada, l'approche collaborative est de plus en plus répandue et considérée comme un moyen pratique et favorable au bien-être des enfants pour la résolution de différends légaux, sans les dépenses, la rancœur et l'aspect conflictuel associés aux cas de litige.**

faisant valoir la décision qu'aurait vraisemblablement rendue un juge dans la même cause.

La négociation et la médiation sont des recours non accusatoires, c'est-à-dire que les conjoints ou parents ne sont pas perçus comme des adversaires engagés dans une bataille pour la victoire. Il s'agit plutôt d'approches où les parties sont invitées à se concerter afin de trouver une solution acceptable dans l'intérêt des deux camps. *A contrario*, l'arbitrage constitue effectivement un processus accusatoire où, tout comme en cour, la preuve et les arguments présentés par les parties sont portés à l'attention d'une tierce personne neutre (un avocat la plupart du temps), qui aura ultimement à trancher la question.

L'arbitrage présente toutefois certains avantages par rapport aux tribunaux. En effet, les délibérations se déroulent en privé et non en public, et toutes les décisions et tous les documents demeurent confidentiels sans faire l'objet d'aucune publication. Les parties et leur avocat respectif ont la possibilité de choisir l'arbitre dont les compétences conviennent le mieux à la situation. Elles peuvent aussi s'entendre sur les règles qui prévaudront pour en venir à une décision, notamment en ce qui a trait aux preuves apportées. La séance d'arbitrage peut débiter dès que tous les intervenants concernés sont disponibles, ce qui s'avère la plupart du temps beaucoup plus rapide que



**Les processus collaboratifs visent à trouver un terrain d'entente pour réduire au minimum les incidences affectives et psychologiques, afin d'aider les couples à mieux vivre la séparation et à assurer conjointement l'éducation de leurs enfants.**

d'attendre une convocation devant le tribunal. Enfin, il en coûte généralement moins cher de régler un cas par arbitrage qu'en litige.

### **Le processus collaboratif**

Le processus collaboratif (on parle parfois de « droit collaboratif », quoiqu'il ne s'agisse pas d'un domaine du droit à proprement parler) est l'approche la plus novatrice pour éviter un recours en justice et a été imaginée au début des années 90 par Stu Webb, un avocat de Minneapolis. M. Webb en avait assez de se présenter en cour pour régler des différends en droit de la famille. Sur le point de quitter la pratique, il a cru bon de continuer tout de même en offrant à ses clients la possibilité de régler leurs différends à l'amiable. Lui-même et un collègue aussi déterminé que lui à régler à l'amiable les causes de droit de la famille ont alors vu leurs clients se multiplier : l'approche collaborative était née. D'autres avocats ont décidé d'emboîter le pas après avoir entendu parler de l'approche privilégiée par M. Webb, si bien que le concept a fini par s'implanter presque partout en Amérique du Nord. Selon

l'Institut canadien de recherche sur le droit et la famille, environ 18 % des dossiers confiés à des avocats albertains en droit de la famille sont désormais réglés par l'entremise d'un processus collaboratif. En Ontario, la proportion avoisine les 8 %.

En réalité, le processus collaboratif constitue une forme de négociation intensive et encadrée. Tout d'abord, chacun des conjoints ou parents retient les services d'un avocat qualifié en droit collaboratif. Les parties et leur avocat respectif signent alors un accord prévoyant que chacun devra faire preuve d'honnêteté et d'ouverture envers les autres, et de ne divulguer aucun échange ou document. Les parties s'engagent aussi à ne pas porter la cause devant les tribunaux, et il s'agit là d'un élément particulièrement important. En effet, la plupart des accords de ce genre prévoient que l'avocat est tenu de mettre fin à sa collaboration avec un client s'il découvre que ce dernier prévoit intenter une poursuite en justice, ou encore qu'il a caché certains renseignements ou fourni de l'information trompeuse. Il s'agit là d'un incitatif efficace pour s'en tenir au processus convenu, même si le côté émotif venait à prendre le dessus, ou si les pourparlers s'enlisaient.

Une fois que les avocats ont été choisis et qu'un tel accord est signé, les avocats discutent directement entre eux de la cause et des enjeux et organisent une série de rencontres conjointes où les parties auront l'occasion d'aborder la question et de chercher une issue au conflit. Ces échanges durent rarement plus d'une demi-journée et se déroulent dans un endroit confortable, souvent dans les bureaux de l'un des avocats, où les intervenants discutent autour d'un café et de collations.

Le processus collaboratif vise essentiellement à trouver un terrain d'entente où les incidences affectives et psychologiques sont réduites au minimum pour les deux parties, en vue de leur permettre de poursuivre leur vie le mieux possible séparément tout en assurant conjointement l'éducation de leurs enfants. C'est pour cette raison que le processus collaboratif prévoit souvent la participation de professionnels spécialisés en santé mentale (on parle parfois de « conseillers en divorce »). Ainsi, les conjoints ou parents peuvent compter sur leur propre conseiller, lequel est disposé à les épauler face aux problèmes éventuels, notamment les répercussions affectives associées au divorce, les difficultés à obtenir une entente, ou encore les écueils liés aux responsabilités parentales. Lorsque les négociations s'enlisent ou que l'aspect émotif risque de miner la progression, les avocats peuvent discuter directement avec les conseillers respectifs afin de trouver des solutions. Sinon, toutes les parties se réunissent (avocats, clients et conseillers) afin de faire le point sur la situation.

Outre les conseillers, d'autres professionnels sont parfois appelés à contribuer au processus collaboratif. Si la situation suppose une entente sur les modalités des responsabilités parentales, ou lorsque les enfants ont des besoins particuliers ou acceptent difficilement la séparation de leurs parents, un troisième professionnel en santé mentale est parfois appelé en renfort. Celui-ci est alors chargé de représenter les intérêts des enfants, de formuler une opinion au sujet des meilleures options en l'occurrence quant au partage des responsabilités parentales, ou encore



de représenter le point de vue et la volonté des enfants. Dans certains cas, on recourt enfin aux services d'un spécialiste financier (comme un expert en retraite ou un planificateur financier) pour aider les parties à trouver des moyens de vivre avec un revenu moindre, à établir un scénario de placements pour l'avenir et à déterminer les avenues les plus efficaces sur le plan fiscal pour le partage des biens. Les professionnels financiers tout comme les spécialistes auprès des enfants agissent en toute neutralité dans le cadre du processus collaboratif et ne sont aucunement associés à l'une ou l'autre des parties.

Dans le cadre du processus collaboratif, plusieurs séances conjointes entre les parties et leurs avocats sont toujours nécessaires avant d'en arriver à un accord. De fait, si le différend avait été si simple qu'il puisse se régler en une seule séance, les avocats auraient probablement pu s'entendre au téléphone sans enclencher tout un processus collaboratif. Lorsque les parties finissent par s'entendre, l'un des avocats est alors chargé de rédiger un accord de séparation ayant force exécutoire, signé par les parties et leur avocat respectif, ce qui met un point final au différend. Dans le cas des couples mariés, il restera ensuite à amorcer un processus judiciaire pour obtenir le divorce.

### Les enfants et le processus collaboratif

Selon certains psychologues, comme Robert Emery et Joan Kelly, la séparation des parents risque fort d'engendrer divers problèmes chez les enfants, qui sont rarement préparés ou informés relativement à cette séparation<sup>1</sup>. En outre, M<sup>me</sup> Kelly a constaté que les enfants ne sont pratiquement jamais consultés quant à leurs désirs et à leurs préférences, ce qui risque par ailleurs de favoriser l'apparition de sentiments d'isolement, de solitude, de confusion et de colère, en plus d'augmenter le risque de délinquance. Janet Johnston et Joan Kelly ont par ailleurs établi que les conflits entre les parents contribuent à accroître le risque de problèmes éventuels chez l'enfant, et pourraient influencer à long terme son comportement, notamment l'augmentation du niveau d'agressivité, l'apparition de divers comportements inappropriés, une mauvaise estime de soi ou une propension à l'absentéisme scolaire<sup>2</sup>. Le conflit risque même d'affecter la qualité du rôle parental ou pire encore, d'inciter les parents à impliquer indûment leurs enfants dans leurs différends.

Bref, le processus collaboratif vise entre autres à préserver la bonne entente entre les parents après la séparation, dans le but de minimiser les conflits et de favoriser l'ouverture envers l'autre, en faisant parfois appel à des conseillers pour aider les parties à composer avec les conséquences de leur rupture. À terme, ce processus bénéficie non seulement aux parents, mais aussi à leurs enfants puisqu'il contribue à atténuer le plus possible les incidences du conflit parental, à encadrer leur degré d'exposition au désaccord, et à leur permettre de mieux comprendre ce qui se passe entre leurs parents.

Cette approche collaborative s'avère extrêmement flexible. Aucun cadre réglementaire rigide et détaillé ne la régit, contrairement au contexte des tribunaux. En fait, le processus repose essentiellement sur l'accord signé au début du processus collaboratif, ainsi que sur la bonne volonté et



**Les parents jugent souvent la présence de leurs enfants très pertinente à ces rencontres, qui sont l'occasion de les informer – ensemble – au sujet des changements importants concernant leur chez-soi, leur école, leurs activités et le temps à passer avec les membres de leur famille.**

la bonne foi des parties et de leurs avocats. Par conséquent, le processus collaboratif peut être adapté en fonction des besoins propres à chaque cause, et modulé en fonction de plusieurs scénarios sans doute plus difficiles à gérer en cour (ex. : maladie mentale ou lésions cérébrales parmi les intervenants, problèmes de toxicomanie, implication d'un nouveau conjoint ou de membres de la famille influents, etc.). Certains praticiens ont même commencé à inclure les enfants dans le processus collaboratif.

De fait, il existe plusieurs moyens d'impliquer ces derniers. La plupart des familles choisissent de faire appel à un spécialiste, qui représente alors le lien principal entre l'enfant et le processus en tant que tel. Le spécialiste est chargé d'évaluer l'impact de la séparation des parents, la capacité d'adaptation de l'enfant à son nouveau mode de vie, ainsi que son bien-être en général. Bien que la décision d'impliquer davantage les enfants dans le processus ne soit pas à prendre à la légère, les enfants un peu plus âgés sentiront parfois le besoin d'exprimer à leurs parents leurs



## Le processus collaboratif représente le moyen le plus judicieux et raisonnable de résoudre les enjeux légaux résultant d'une séparation.

volontés et leurs sentiments, et ce, dans le contexte encadré qui prévaut le temps d'une ou deux séances de concertation. Parfois, il est même préférable d'y faire participer les adolescents qui terminent le secondaire ou les jeunes adultes aux études postsecondaires, notamment pour aider les parents à conjuguer les horaires de part et d'autre, à gérer les activités parascolaires et à planifier le paiement des coûts d'éducation. Les parents jugent souvent la présence de leurs enfants très pertinente à ces rencontres, qui sont l'occasion de les informer – ensemble – au sujet des changements importants concernant leur chez-soi, leur école, leurs activités et le temps à passer avec les membres de leur famille.

### Les désavantages du processus collaboratif

Toutefois, le processus collaboratif comporte aussi des désavantages non négligeables. D'abord, les dépenses associées aux services des professionnels concernés s'accumulent rapidement lorsque d'autres intervenants se joignent aux parties et à leurs avocats respectifs. Certes, les coûts sont moindres que ceux d'un éventuel recours devant les tribunaux, mais il n'en demeure pas moins que les honoraires cumulés d'un avocat, d'un conseiller, d'un spécialiste auprès des enfants et d'un expert en finances pèsent lourd à la fin du mois...

En outre, même s'il s'agit d'un processus modulable lorsqu'il y a déséquilibre des forces en présence (c'est-à-dire entre les conjoints ou parents), il s'avère peu adapté pour les situations de violence conjugale, compte tenu des

trop nombreux échanges en vis-à-vis que suppose l'approche collaborative.

Enfin, à l'instar de la négociation et de la médiation, le processus collaboratif repose sur l'ouverture au compromis des parties et sur leur capacité d'accepter que le résultat soit vraisemblablement imparfait. Si l'une des parties (voire les deux) se montre peu conciliante, aucune entente n'est possible.

### Le processus collaboratif en contexte canadien

Au Canada, l'approche collaborative est de plus en plus répandue et considérée comme un moyen pratique et axé sur le bien-être des enfants pour la résolution de différends légaux, sans toutefois engendrer les dépenses, la rancœur et l'aspect conflictuel associés aux cas de litige. Même en Colombie-Britannique, où seulement 4 % des litiges en droit de la famille passent par le processus collaboratif, pas moins de 470 avocats et professionnels en santé mentale ont suivi les diverses formations offertes à l'échelle locale dans ce domaine, entre 2001 et 2013. Même en présumant qu'à peine la moitié des participants étaient des avocats, il s'agit là d'une proportion importante des quelque 1 100 avocats en droit de la famille dans cette province (selon les données de la Law Society of British Columbia).

Certes, les tribunaux auront toujours un rôle à jouer dans le règlement de litiges en droit de la famille : le caractère très émotif de la séparation engendre trop souvent des problèmes pressants, où il importe d'assurer la sécurité des personnes et des biens. Il y aura toujours des conflits insolubles et des gens tout simplement irréconciliables. Toutefois, en tant qu'avocat ayant eu à traiter de multiples différends en droit de la famille, tant à l'amiable que devant les tribunaux, je constate que le processus collaboratif représente le moyen le plus judicieux et raisonnable de résoudre les enjeux légaux résultant d'une séparation.

Au Canada, il y a fort à parier que la pratique des avocats continuera d'évoluer en matière de résolution des désaccords en droit de la famille, au fur et à mesure qu'un plus grand nombre de professionnels seront formés pour encadrer les cas de séparation parentale grâce à des méthodes collaboratives de résolution de conflits, et que les familles vivant des situations de plus en plus diverses accepteront de se tourner vers une telle approche pour régler les aspects juridiques de la séparation. Selon moi, la pratique collaborative est appelée à se perfectionner et à se raffiner, et une telle approche remplacera graduellement le recours aux tribunaux comme principale instance de règlement des différends en droit de la famille. ▼

*John-Paul Boyd, M.A., LL.B., est directeur général de l'Institut canadien de recherche sur le droit et la famille, un organisme multidisciplinaire sans but lucratif associé à l'Université de Calgary.*

<sup>1</sup> Robert E. Emery et Joan B. Kelly, « Children's Adjustment Following Divorce: Risk and Resilience Perspectives » dans *Family Relations*, 52:4 (octobre 2003). (Page consultée le 17 mars 2014.) <http://bit.ly/1AAEXUn>

<sup>2</sup> Janet R. Johnston et Joan B. Kelly, « The Alienated Child: A Reformulation of Parental Alienation Syndrome » dans *Family Court Review*, 39:3 (juillet 2001). (Page consultée le 17 mars 2014.) <http://bit.ly/1GYfGLI>